



Projet de loi sur l'interdiction des pratiques visant à modifier l'orientation affective et sexuelle ou l'identité de genre

Avis du 7 décembre 2022

Mots clés : orientation affective et sexuelle, identité de genre, données personnelles sensibles, transmission spontanée, DSPTS, autorités compétentes, accomplissement des tâches légales

Contexte : En date du 1^{er} décembre 2022, la responsable LIPAD du Département de la sécurité, de la population et de la santé (DSPTS) a sollicité l'avis du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, dans le cadre d'un projet de loi sur l'interdiction des pratiques visant à modifier l'orientation affective et sexuelle ou l'identité de genre. La loi contient deux objectifs : elle vise tout d'abord à protéger toute personne contre des pratiques visant à modifier son orientation affective et sexuelle ou son identité de genre et, ensuite, à lutter contre ces pratiques sur le territoire genevois en interdisant celles-ci et en sanctionnant ses auteurs. L'avis du Préposé cantonal est requis s'agissant de l'art. 5 du projet, portant sur la communication spontanée de données personnelles entre le DSPTS et les autorités concernées.

Bases juridiques : art. 56 al. 3 litt. e LIPAD; art. 23 al. 8 RIPAD

1. Caractéristiques de la demande

Par courrier électronique du 1^{er} décembre 2022, la responsable LIPAD du Département de la sécurité, de la population et de la santé (DSPTS) a sollicité l'avis du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, dans le cadre d'un projet de loi sur l'interdiction des pratiques visant à modifier l'orientation affective et sexuelle ou l'identité de genre, en particulier s'agissant de l'art. 5, relatif à la communication spontanée de données entre le DSPTS et les autorités concernées. Elle explique que, dans la mesure où une consultation externe devrait intervenir d'ici au 12 décembre 2022, un avis du Préposé cantonal avant le 9 décembre serait souhaitable, afin que le Département intègre les éventuelles remarques de ce dernier au sujet de la disposition précitée.

Selon son art. 1 projeté, la loi a pour objectifs : a) la protection de toute personne dans son orientation affective et sexuelle et dans son identité de genre; b) la lutte contre les pratiques visant à modifier l'orientation affective et sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

L'art. 5 du projet est ainsi rédigé :

Art. 5 Communication

Le département et les autorités concernées par la mise en œuvre de la présente loi se communiquent spontanément les données personnelles requises pour l'accomplissement des tâches prévues par cette loi, si cette communication satisfait aux exigences prévues aux articles 35 à 38 de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, et n'est pas contraire à une loi ou à un règlement.

L'exposé des motifs relatif au projet précise, au sujet de cette norme:

« L'article 5 prévoit la transmission spontanée d'informations entre le département et les autorités concernées par la mise en œuvre de la loi. Ces autorités sont des institutions

publiques au sens de l'article 3 de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001 (LIPAD; A 2 08) et sont à ce titre soumises à ladite loi. Si la LIPAD prévoit la communication de données personnelles sur requête à une autre institution publique (art. 39, al. 1 LIPAD), elle ne prévoit pas de communication spontanée d'une institution publique à une autre. Or, les autorités avec lesquelles le département sera amené à collaborer dans le cadre de la mise en œuvre de la loi peuvent être en possession d'éléments importants et déterminants pour que le département puisse mener à bien la lutte contre les pratiques visant à modifier l'orientation affective et sexuelle ou l'identité de genre d'une personne. A l'inverse, le département doit pouvoir informer les autres autorités concernées des informations pertinentes afin de permettre à ces autorités d'exercer leurs tâches légales.

L'échange d'informations permettra en outre d'assurer la collaboration entre les différentes autorités concernées et de coordonner les différentes procédures entre autorités. La transmission spontanée doit se faire dans le respect des articles 35 à 38 LIPAD. Elle ne doit par ailleurs pas être contraire à une loi ou à un règlement.

Outre les autorités compétentes selon l'article 8, alinéa 2 de la loi, il peut s'agir des autorités pénales, du service de protection des mineurs et du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (art. 33 et 34 LaCC). Il peut également s'agir du département de la sécurité, chargé de la laïcité de l'Etat, dès lors que le Conseil d'Etat peut interrompre ses relations avec une organisation religieuse, et, par conséquent, cesser de lui faire bénéficier de la perception, par le département chargé des finances, de la contribution religieuse volontaire, si celle-ci ne respecte pas ses engagements en matière de respect des droits fondamentaux et de l'ordre juridique suisse, notamment exclure tout acte de violence physique ou psychologique, tout acte d'abus spirituel, ainsi que tout propos incitant à la haine et rejeter toute forme de discrimination ou de dénigrement à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes, en raison notamment de leurs convictions, de leurs origines ethniques ou nationales, de leur sexe, de leur orientation ou de leur identité sexuelle, de leur identité ou de leur expression de genre (art. 4, let. c et d et 6, al. 4 et 7, al. 5 du règlement d'application de la loi sur la laïcité de l'Etat, du 17 juin 2020 (RLE; A 2 75.01) ».

2. Les règles de protection des données personnelles à Genève

La loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGe A 2 08), a fait l'objet d'une révision importante en 2008, par laquelle la protection des données personnelles a été ajoutée au champ d'application matériel de la loi en sus de son volet relatif à la transparence.

Depuis le 1^{er} janvier 2010, date de l'entrée en vigueur de cette modification législative, un autre objectif figure désormais dans le texte légal à son art. 1 al. 2 litt. b : « protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant ».

Par données personnelles, il faut comprendre : « toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable » (art. 4 litt. a LIPAD).

Les données personnelles sensibles comprennent les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles; la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique; des mesures d'aide sociale; des poursuites ou sanctions pénales ou administratives (art. 4 litt. b LIPAD).

La LIPAD énonce un certain nombre de principes généraux régissant la collecte et le traitement des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).

- Base légale (art. 35 al. 1 et 2 LIPAD)

Le traitement de données personnelles ne peut se faire que si l'accomplissement des tâches légales de l'institution publique le rend nécessaire. En outre, la loi stipule que des

données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée.

- Bonne foi (art. 38 LIPAD)

Il n'est pas permis de collecter des données personnelles sans que la personne concernée en ait connaissance, ni contre son gré. Quiconque trompe la personne concernée lors de la collecte des données – par exemple en collectant les données sous une fausse identité ou en donnant de fausses indications sur le but du traitement – viole le principe de la bonne foi. Il agit également contrairement à ce principe s'il collecte des données personnelles de manière cachée.

- Proportionnalité (art. 36 LIPAD)

En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données qui sont nécessaires et qui sont aptes à atteindre l'objectif fixé peuvent être traitées. Il convient donc toujours de peser les intérêts en jeu entre le but du traitement et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée en se demandant s'il n'existe pas un moyen moins invasif permettant d'atteindre l'objectif poursuivi.

- Finalité (art. 35 al. 1 LIPAD)

Conformément au principe de finalité, les données collectées ne peuvent être traitées que pour atteindre un but légitime qui a été communiqué lors de leur collecte, qui découle des circonstances ou qui est prévu par la loi. Les données collectées n'ont ensuite pas à être utilisées à d'autres fins, par exemple commerciales.

- Reconnaissabilité de la collecte (art. 38 LIPAD)

La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Cette exigence de reconnaissabilité constitue une concrétisation du principe de la bonne foi et augmente la transparence d'un traitement de données. Cette disposition implique que, selon le cours ordinaire des choses, la personne concernée doit pouvoir percevoir que des données la concernant sont ou vont éventuellement être collectées (principe de prévisibilité). Elle doit pouvoir connaître ou identifier la ou les finalités du traitement, soit que celles-ci lui sont indiquées à la collecte ou qu'elles découlent des circonstances.

- Exactitude (art. 36 LIPAD)

Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer de l'exactitude de ces dernières. Ce terme signifie également que les données doivent être complètes et aussi actuelles que les circonstances le permettent. La personne concernée peut demander la rectification de données inexactes.

- Sécurité des données (art. 37 LIPAD)

Le principe de sécurité exige non seulement que les données personnelles soient protégées contre tout traitement illicite et tenues confidentielles, mais également que l'institution en charge de leur traitement s'assure que les données personnelles ne soient pas perdues ou détruites par erreur.

- Destruction des données (art. 40 LIPAD)

Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes les données personnelles dont elles n'ont plus besoin pour accomplir leurs tâches légales, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi.

L'art. 39 LIPAD traite de la communication des données, en fonction du destinataire.

La communication de données personnelles à une autre institution publique soumise à la loi est possible aux conditions suivantes :

¹ *Sans préjudice, le cas échéant, de son devoir de renseigner les instances hiérarchiques supérieures dont elle dépend, une institution publique ne peut communiquer des données personnelles en son sein ou à une autre institution publique que si, cumulativement :*

a) *l'institution requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait aux exigences prévues aux articles 35 à 38;*

b) *la communication des données considérées n'est pas contraire à une loi ou un règlement.*

² *L'organe requis est tenu de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 1 et, une fois la communication effectuée, d'en informer le responsable sous la surveillance duquel il est placé, à moins que le droit de procéder à cette communication ne résulte déjà explicitement d'une loi ou d'un règlement.*

³ *Les institutions publiques communiquent aux autorités judiciaires les données personnelles que celles-ci sollicitent aux fins de trancher les causes dont elles sont saisies ou de remplir les tâches de surveillance dont elles sont investies, sauf si le secret de fonction ou un autre secret protégé par la loi s'y oppose.*

Le règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RIPAD; RSGe A 2 08.01) précise à son art. 14 al. 2 que la démonstration du respect des conditions posées à l'art. 39 al. 1 litt. a et b LIPAD peut s'effectuer de manière simplifiée en indiquant cumulativement a) le contexte légal ou réglementaire dans lequel s'inscrit la mission de l'institution requérante, y compris l'existence d'éventuelles règles spéciales ou la mention de leur défaut; b) le fait que le fichier destiné à recevoir les données personnelles figure ou non dans le catalogue institué par l'art. 43 de la loi; c) la finalité de la transmission souhaitée.

S'agissant de la communication de données à une tierce personne de droit privé, l'art. 39 al. 9 à 10 prévoit :

¹*La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si :*

a) *une loi ou un règlement le prévoit explicitement;*

b) *un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose.*

² *Dans les cas visés à l'alinéa 9, lettre b, l'organe requis est tenu de consulter les personnes concernées avant toute communication, à moins que cela n'implique un travail disproportionné. A défaut d'avoir pu recueillir cette détermination, ou en cas d'opposition d'une personne consultée, l'organe requis sollicite le préavis du préposé cantonal. La communication peut être assortie de charges et conditions, notamment pour garantir un niveau de protection adéquat des données.*

3. Appréciation

Les Préposés relèvent en premier lieu que l'art. 39 al. 1 LIPAD ne prévoit pas de communication spontanée d'une institution publique à une autre.

L'art. 5 qui leur est présentement soumis entend précisément remédier à cela.

Les Préposés comprennent à cet égard que tant le DSPS que certaines autorités peuvent être en possession d'éléments importants et déterminants pour lutter contre les pratiques visant à modifier l'orientation affective et sexuelle ou l'identité de genre d'une personne.

L'art. 5 du projet constitue la base légale autorisant la communication spontanée de données personnelles entre le DSPS et les autorités concernées « *pour l'accomplissement des tâches prévues par cette loi* ».

Les Préposés estiment que cette disposition mériterait d'être précisée : quelles sont les données personnelles qui pourront être communiquées ? S'agit-il également de données

personnelles sensibles ? Si des données personnelles sensibles de personnes ayant été victimes de pratiques visant à modifier leur orientation affective et sexuelle ou leur identité de genre sont communiquées, il conviendrait de rédiger un second alinéa prévoyant que ces personnes doivent en être informées avant toute communication. La question de la possibilité de s'opposer à une telle communication se pose également. Il convient en effet de protéger ces personnes d'un risque de transmission de données à un large cercle de destinataires et d'un risque qu'elles puissent être reconnues.

Les autorités concernées sont-elles celles qui sont énumérées à l'art. 3 al. 2 et 3 du projet (départements, services, institutions et organismes publics ou privés concernés; le service de protection des mineurs, le bureau de promotion de l'égalité et de prévention des violences et la commission consultative sur les thématiques liées à l'orientation sexuelle, l'identité de genre, l'expression de genre et les caractéristiques sexuelles) ? A cet égard, l'exposé des motifs indique, en sus des autorités précitées, d'autres entités (autorités pénales, service de protection des mineurs, Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant). Il conviendrait de délimiter précisément dans la loi les autorités concernées, afin précisément de limiter les risques mentionnés plus haut.

Il s'agirait aussi de se référer explicitement à l'art. 1 du projet, concernant les tâches prévues par cette loi.

La mention du respect des dispositions relatives aux principes de protection des données (art. 35 à 38 LIPAD) est en revanche judicieuse, de même que la précision selon laquelle la transmission spontanée ne doit pas être contraire à une loi ou à un règlement.

En définitive, la manière dont l'art. 5 du projet est rédigé apparaît trop large.

Finalement, le titre marginal de cette disposition devrait préciser « *communication de données personnelles* ».

* * * * *

Les Préposés remercient le Département de la sécurité, de la population et de la santé de les avoir consultés et se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Joséphine Boillat
Préposée adjointe